

1. As primeiras linhas do direito à intimidade e os novos tempos

A noção do direito à intimidade é inata ao homem, tida pela maioria dos juristas como um direito natural, o qual advém da própria natureza do homem, independentemente de declaração positiva de tal direito em norma escrita. Deveras, todo indivíduo prima desde os tempos mais remotos pela paz de espírito, pelo direito ao recanto, pelo direito de ser deixado em paz, diante as ingerências alheias de terceiros ou do próprio Estado. Tais prerrogativas são inerentes e essenciais ao ser humano, pois representam ao indivíduo os limites e o equilíbrio da vida em sociedade, cuja dinâmica requer um mínimo de respeito e tolerância ao ser, sob pena de se aniquilar a parte (indivíduo) pelo todo (a sociedade) e comprometer a própria legitimidade dessa, pois como é sabido, não só o indivíduo tem obrigações perante a sociedade, mas esta também possui obrigações perante o cidadão, entre elas, o respeito dos limites de seu agir, os quais não alcançam um círculo sagrado da pessoa, pela simples razão de que pertencem ao indivíduo e não a terceiros, nem a sociedades, e como tal, há de ser preservado.

Dos gregos clássicos aos chineses, bem como a própria Bíblia doutrinam a necessidade do respeito ao direito à intimidade, enfocado como a necessidade de se preservar o recanto do indivíduo e os consectários do seu direito de solidão. Os primeiros contornos jurídicos significativos registrados sobre o direito à intimidade ocorreram através da positivação do princípio da inviolabilidade do domicílio, consagrado na Inglaterra no século XVII, originalmente chamado *man's house is his castle* – tutela jurídica que desenhava alguns aspectos da vida privada relacionados com o respeito ao domus, ao espaço físico privado do cidadão, delimitando o espaço da intimidade indevassável do homem a civitas e ao próprio Estado.

A cultura burguesa representou o amadurecimento dos contornos jurídicos do direito à privacidade tanto na Europa como na América, seja através do pensamento liberal, seja através da jurisprudência que sedimentou as estruturas do direito à vida privada. Tal preocupação culminou na positivação desse direito na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, cujo artigo 12 prescreve: Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e

reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda pessoa tem direito à proteção da lei.

Já nos dias pós-modernos emerge uma revolução na dinâmica do tempo sobre a vida do homem, e a informática representa papel preponderante nessa mudança. Vive-se atualmente num mundo interconectado e inter-relacionado, nunca d'ante visto, diante do fenômeno da globalização, cujos influxos ganharam intensidade colossal através da internet ou da world wide web (denominação inglesa dada a rede e de conotação internacional), o que reduziu o planeta a um ambiente comum, onde se confundem os mercados e a vida dos cidadãos.

A informática revolucionou, pois, os meios de comunicação através da transmissão por frequência eletromagnética, via satélite. Suas repercussões são intensas em todos os campos do ser, inclusive no direito e na economia. Trouxe novos paradigmas aos meios de produção, redimensionou as técnicas de marketing e o próprio agir governamental, conquanto a informação é tida como sinônimo de poder. Os consectários legais dessa massificação são fenômenos preocupantes ao direito, especialmente quanto à banalização da coleta e do tratamento dispensado aos dados pessoais, seara que maltrata o direito à privacidade.

O desafio que se põe é regularizar toda sorte de comunicação ilegítima de dados pessoais, tanto em nível particular como governamental, em prol do respeito à vida privada. É comum o intercâmbio de informações pessoais entre comerciantes, a venda de banco de dados de toda ordem, pois como é sabido, do nascimento à morte, os dados das pessoas são inseridos em arquivos informatizados de registro civil, médico, governamental e comercial, e, através de acurados programas de software, logra-se fazer triagem de tais dados, agrupando-os, classificando-os e analisando-os, deles inferindo todo tipo de conclusões possíveis a nortear decisões e escolhas nem sempre transparentes ou moralmente dignas, conforme preleciona Luis Martins Castro em simpósio no STJ sobre o tema.

Assim, é crescente a preocupação nos Estados de tradição democrática acerca da conscientização quanto à necessidade de se fixarem regras lúcidas para limitar o potencial nefasto dessa sorte de invasão e controle da vida dos cidadãos, em homenagem ao próprio direito à privacidade. De lege ferenda e da decantação jurisprudencial dos contornos essenciais do direito à privacidade oxalá tais limites serão delineados.

2. As características do direito à privacidade

Para grande parcela da doutrina, há sinonímia entre o direito à intimidade e o direito à privacidade, pois ambos exprimem o mesmo significado, qual seja, representa a prerrogativa que o indivíduo tem

perante todos os demais, inclusive o Estado, de ser mantido em paz no seu recanto. Representa, pois, o mecanismo de defesa da personalidade humana contra ingerências ou injunções alheias ilegítimas.

Outra banda da doutrina sustenta que o direito à intimidade representa o âmbito exclusivo que alguém reserva para si, sem nenhuma repercussão social. Embora filosoficamente admitida a distinção entre um e outro, tal distinção juridicamente é inócua, dada a repercussão homogênea de tratamento legal entre um e outro. No plano jurídico, ambos recebem a mesma proteção legal, sem qualquer distinção, até mesmo no plano internacional, tido como *right of privacy* (no direito norte-americano); *droit à la vie privée* (francês); *diritto alla riservatezza* (italiano),

A pedra de toque desse direito consiste na exigência de isolamento mental ínsita ao psiquismo humano, diante do imperativo de existência da pessoa em não desejar que certos aspectos da personalidade e de nossa vida tomem conhecimento de terceiros e sejam alvos de imissões ilegítimas.

O direito à privacidade é uma faceta dos direitos da personalidade, quais sejam aqueles ínsitos à pessoa, em função de sua própria estruturação física, mental e moral. Limongi França acentua que tais direitos são as faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim da sua projeção essencial no mundo exterior. Destinam-se a resguardar a enaltecida dignidade da pessoa humana, preservando-a dos atentados que pode sofrer por parte de outros indivíduos. Já personalidade é qualidade necessária do ser humano e representa o conjunto dos caracteres próprios do ser humano.

Tais direitos são dotados de peculiaridades únicas: são direitos inatos (originários), absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios e oponíveis erga omnes, consoante preleciona o artigo 11 do Novo Código Civil.

Diante da sua natureza, o direito à privacidade limita-se tão-somente ao titular do direito, até mesmo aos incapazes, mas não se estende às pessoas jurídicas, por se cuidar de um direito personalíssimo e inerente ao estado de alma do indivíduo.

O objeto do direito em foco é a própria situação de intimidade, como um bem juridicamente tutelado, de valor moral e espiritual, qualificado como direito da personalidade de ordem moral (patrimônio moral da pessoa, cujo dano é também de ordem moral).

Diante dos seus traços característicos, segundo Carlos Alberto Bittar, tais direitos não se podem eliminar por ato de vontade de renúncia prévia e cabal, mas se admite, sob certos aspectos, relativa disposição,

como, por exemplo, a licença para uso da imagem. Esse consentimento não desnatura a essência do direito, representa, sim, exercício da faculdade inerente ao titular e que lhe é privativa; não comporta, como visto, uso por terceiro sem expressa autorização do titular. Nesse esteio, o direito à privacidade e os demais direitos da personalidade não admitem, pois, execução forçada, conquanto incompatível com a sua essencialidade e o amálgama que ampara, a dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (artigo 1º da Constituição Federal).

3. Manifestações do direito à privacidade e os seus consectários jurídicos

O direito à privacidade foi erigido ao tratamento constitucional de modo expresso pela Carta Constitucional de 1988, através do artigo 5º, inciso X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

As Constituições anteriores trataram do direito à privacidade apenas de modo implícito. Vê-se, pois, a hodierna preocupação do constituinte em albergar o direito da privacidade, admitindo em sede constitucional o direito à indenização pelo dano material e moral, cumulativamente, diante da devassa à intimidade da pessoa. Essa deve refletir a recomposição integral do patrimônio lesado, no sentido lato sensu do termo – englobando a sensibilidade e a estima do sujeito lesado – ao statu quo ante, de forma que a indenização crie uma situação tanto quanto possível a tornar o lesado indene, recompondo a perda, o constrangimento e o mal-estar sofridos, através da reparação pecuniária ao lesado. Eis a forma jurídica convencional de tutelar a lesão aos direitos da personalidade já escoimados.

Salutar, no entanto, a tutela preventiva de tais direitos, dada a dificultosa forma de reparação desses. Para tanto, a ordem jurídica admite ações diversas, seja a de cunho cautelar, seja ordinária de obrigação de não fazer, seja através do habeas data ou do mandado de segurança, quando presentes os seus pressupostos.

O direito à privacidade estende suas raias sobre a inviolabilidade do domicílio e a vida doméstica, o sigilo da correspondência e das comunicações convencionais ou eletrônicas, e aos dados pessoais, porquanto representam, na maioria das vezes, uma extensão da vida íntima da pessoa. Procura-se, pois, delimitar a imersão da sociedade, seja o empregador, o vizinho, o síndico e até mesmo do Estado na vida do cidadão, eis que a ordem jurídica reconhece e resguarda a todos uma área personalíssima e intocável da pessoa, corolário legítimo do princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, toda investida sobre tal área é ilegítima, seja na investigação do lixo do vizinho; na escuta clandestina de conversas, através de meios eletrônicos; na captação de imagens ou fotos de pessoas por meios sub-reptícios; ou no monitoramento unilateral do empregador de e-mails referentes à atividade da empresa recebidos e enviados pelos empregados.

Do mesmo modo que na persecução criminal, no âmbito cível, trabalhista ou administrativo, a seara do direito à privacidade há de ser preservada frente aos demais interesses, porquanto a regra é a sua proteção, cuja exceção só é admitida por meio da lei e do processo judicial – reserva de jurisdição – diante do interesse público prevalecente no caso concreto, mediante o juízo de ponderação do magistrado, à luz do caso concreto. Eis a premissa que deve ser seguida, qual seja, a preservação do direito à privacidade como regra.

4. O sigilo das correspondências, dos bancos de dados e das comunicações eletrônicas

A Constituição Federal preceitua no art. 5º, XII - é inviolável o sigilo das correspondências e das comunicações telegráficas, de dados, e das comunicações telefônicas, salvo no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e nas formas que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Registre-se, primeiramente, que o tratamento jurídico conferido ao sigilo às correspondências e aos dados em geral, deflui do direito à privacidade, em razão da lógica da comunicação posta entre o destinatário e o remetente, revestida de caráter privado, daí a razão do sigilo, conquanto a comunicação aqui tratada não tem fim público, e como tal deita suas raízes na privacidade dos comunicantes, direito albergado no rol dos direitos e garantias fundamentais. A inviolabilidade da correspondência consiste, assim, num direito fundamental de "negação", uma liberdade de não emitir opinião, crítica ou pensamento exceto para o correspondente.

Tercio Sampaio Ferraz Jr cita Pontes de Miranda (1) e conclui que o bem tutelado, ou o objeto do direito, é a liberdade de "negação" de comunicação. Já o conteúdo do direito é a faculdade específica de resistir ao devassamento, ou em outros termos, de ver preservado o sigilo. Destarte, o sigilo não é propriamente o bem protegido, não é o objeto do direito fundamental. Diz respeito à faculdade de agir (manter sigilo, resistir ao devassamento), conteúdo estrutural do direito.

Em síntese, tutela-se a comunicação restringida entre os comunicantes (a chamada liberdade de negação), corolário lógico do direito à intimidade e, por via indireta, o assunto tratado na comunicação. Quando alguém viola a comunicação eletrônica ou epistolar que não lhe

foi endereçada, atenta contra a privacidade dos comunicantes, independentemente do conteúdo da mensagem, o chamado relato da comunicação.

O contexto da proteção constitucional proferida aos “dados da pessoa” é o mesmo no âmbito convencional quanto nos meios eletrônicos de armazenamento de dados. O sigilo visa ao resguardo da pessoa e não dos dados em si. Posto isto, quando se depara com a análise dos bancos de dados em si – assunto distinto do direito à inviolabilidade da correspondência – não se tutela todo e qualquer dado pessoal, mas àqueles ditos sensíveis ao direito de intimidade, como as opções de convivência, de referência política, dados que dizem respeito ao íntimo da pessoa, porquanto se busca a proteção às pessoas e não propriamente aos dados. Tutela-se, pois, a integridade moral da pessoa, objeto do direito à privacidade, e assim, o atentado a essa resvala na exploração de tais dados por terceiros, a quem a elas não dizem respeito, e não nos elementos de identificação das relações privadas.

O texto constitucional busca um conceito amplo da comunicação, pois tutela toda sorte de comunicação que se apresenta privada, isto é, dirigida tão-somente entre aqueles que se comunicam, em oposição ao caráter público da comunicação.

Tanto a comunicação telefônica como a epistolar apresentam-se regidas por leis específicas no âmbito penal e no processo criminal. Via de regra, vige o sigilo, o qual só poderá ser relativizado por ordem judicial, nas estreitas hipóteses legais.

Quanto aos meios eletrônicos, carece-se de regulamentação legal. Contudo, alguns apontamentos merecem registros. Não obstante tratar-se da mesma natureza jurídica, o sigilo da comunicação em respeito ao direito da intimidade, algumas peculiaridades os diferenciam, especialmente no que toca ao Direito Penal, dada a sua hermética tipicidade. Entre essas, é a tipificação legal dos delitos que em determinadas ocasiões não alcançam os meios eletrônicos, como o e-mail (também chamado de correio eletrônico), posto que o princípio da reserva legal só admite interpretação *numerus clausus* em sede de tipicidade incriminadora. Frise-se, ainda, que a carta é forma de comunicação fechada, o que difere do e-mail que circula aberto criptograficamente na rede de computadores.

Já nas demais searas do direito, via de regra, aplica-se a mesma *ratio* das normas que tutelam o direito ao sigilo das correspondências, em razão de se cuidar da mesma natureza jurídica.

5. A rede mundial de computadores, internet e a correspondência via e-mail ou correio eletrônico

A origem da Internet tem suas raízes em operações militares realizadas pelos EUA na época da Guerra Fria, cujo objetivo era firmar uma forma de comunicação alternativa entre os funcionários do Departamento de Defesa dos EUA que passaram a se utilizar desta rede para correios pessoais. No Brasil, a Internet seguiu os mesmos caminhos, sendo utilizada, a princípio, pelos centros de pesquisa, possibilitando posteriormente a generalização deste serviço, através dos provedores de acesso (2).

Através desta rede informatizada de comunicação, todos os tipos de dados, sejam visuais ou auditivos, podem ser armazenados e repassados a qualquer parte do mundo, implicando a globalização de quaisquer informações e conhecimentos, efetiva e instantaneamente. Em contrapartida, dado o caráter revolucionário operado pela rede mundial de computadores, emerge o desafio aos operadores do direito, do legislador aos julgadores em regulamentar os conflitos que daí possam surgir, entre esses a preservação do direito à privacidade e os demais conflitos aos direitos da personalidade.

A dificuldade do operador do direito é intensificada pelo caráter supranacional delineado na rede de informação, corroborado pela soberania das leis que imperam autonomamente sobre determinado território, versus a multiplicidade geográfica, política e ideológica dos usuários, interligados de modo intenso diuturnamente, desafiando, assim, a regulamentação desta forma de comunicação, tida como democrática e independente de crivos.

Outra peculiaridade referente ao tema abordado refere-se ao monitoramento do correio eletrônico na rede, o conhecido e-mail, realizado por quem quer que seja, inclusive pelo empregador. Via de regra, o monitoramento do e-mail é tido como ilícito, eis que afronta o direito à privacidade daqueles que se comunicam eletronicamente, importando em prova ilícita para todos os fins.

Contudo, pautando-se o interesse público para tal monitoramento, há de se admitir, com reservas, a relativização da comunicação eletrônica, por meio de ordem judicial, nos mesmos moldes da interceptação telefônica, dada a peculiaridade que tais comunicações trafegam criptograficamente abertas, o que traz outros contornos à suposta privacidade entre os comunicandos, bem como à caracterização do sigilo daquelas.

No bojo desta polêmica, inevitável a discussão acerca da privacidade eletrônica no ambiente de trabalho; questiona-se: será que há violação dos direitos constitucionais (3), quando empregado é fiscalizado pelo empregador?

Há quem entenda não haver qualquer violação dos direitos à intimidade e ao sigilo das correspondências, partindo do princípio que os

equipamentos e programas utilizados são propriedade da empresa, deixados à disposição dos empregados, com escopo de facilitar, viabilizar o trabalho em função, ou melhor, em nome da empresa. Justificam-se o rastreamento e o monitoramento dos endereços eletrônicos, na culpa in iligendo (4) , pois o empregado e a empresa, em tese, respondem solidariamente pelo ilícito praticado.

Dada a responsabilidade da empresa pelas atividades realizadas pelos seus empregados, de fato, compete ao empregador fiscalizar as condutas de seus empregados, realizadas nas dependências físicas da empresa, até o limite das raias do direito à privacidade/intimidade dos empregados. Assim, os empregados devem necessariamente ter consciência prévia do monitoramento empresarial, sob pena de se configurar atentado à ética da empresa e ilícito ao transgredir o direito à privacidade. Prima-se, assim, pela convivência simultânea de tais direitos através do princípio da proporcionalidade, conquanto as antinomias jurídicas do ordenamento não de ser repelidas por meio da preservação concomitante dos núcleos fundamentais dos direitos em colisão.

Observa-se, desse modo, assim como em outras situações, a importância da necessidade de regulamentação legal acerca das atividades oriundas da Internet, em que pesem os desafios iminentes ao tema.

6. Conclusões

- 1) O direito à privacidade pertence ao rol dos direitos à personalidade e; como tal, é ínsito à natureza humana;
- 2) O tratamento jurídico conferido ao sigilo das correspondências e aos dados em geral, inclusive processados pelos meios eletrônicos, decorre do direito à privacidade;
- 3) Os avanços da informática e da comunicação eletrônica desafiam a integridade do direito à privacidade, restando salutar lege ferenda sobre o assunto;
- 4) A prevenção, através da efetiva informação e diálogo entre as partes (empregado e empregador), é o melhor modo de se tutelar o direito à privacidade nos meios eletrônicos;
- 5) Tem-se como regra a proteção da privacidade nos meios eletrônicos, fundadas nas mesmas regras jurídicas (com algumas ressalvas no âmbito penal) da comunicação ordinária e dos dados em geral;
- 6) Suas exceções, a interceptação da comunicação eletrônica e o monitoramento de e-mails, afrontam o direito à privacidade; tais exceções só serão legítimas através de prévio e expresse consentimento da pessoa, ou, nas hipóteses legais, por intermédio de autorização judicial – reserva de jurisdição – firmada num juízo de ponderação harmônico ao caso concreto (princípio da proporcionalidade), em prol do

interesse público que relativiza em algumas hipóteses o direito à privacidade nos meios eletrônicos.

Bibliografia

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

BASTOS, Celso Ribeiro. MARTINS, Ives Gandra da Silva. Comentários a Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 1989.

BITAR, Carlos Alberto. Os Direito da Personalidade. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

COSTA, Paulo José da. O direito de estar só: tutela penal e intimidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

DOTTI, René Ariel. A liberdade e o direito à intimidade. Revista de Informação Legislativa. Brasília, a. 17, nº 66, abr./jun. 1980.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Sigilo de Dados: o direito a privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, nº 19, p. 198-146, out./dez.1992.

FREGADOLLI, Luciana. O direito a intimidade. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, v. 1, nº 1, p. 77-90, abr./jun.1997.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade. São Paulo: Atlas, 2001.

GOMES, Orlando. Direitos da personalidade. Revista Forense, Rio de Janeiro, nº 216, p 5-10, 1966.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade civil. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

MATTIA, Fabio Maria de. Direitos da personalidade: aspectos gerais. Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial, São Paulo, v.2, nº 3, p. 35-51, jan./mar.1978.

MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1988. v. 2 e 4.

MORI, Michele Keiko. Direito a intimidade "versus" informática. Curitiba: Juruá, 2001.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

Notas

1. FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Sigilo de Dados: o direito a privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, v. 1, nº 1, p. 77-90, out./dez. 1992.

2. LUNA FILHO, Eury Pereira. Internet no Brasil e o direito no ciberespaço. Disponível: site Infojur. URL [http://infojur.ccj.ufsc.br/arquivos/InformáticaJuríca/Doutrina/Internet no Brasil e o Direito no ciberespaço.html](http://infojur.ccj.ufsc.br/arquivos/InformáticaJuríca/Doutrina/Internet%20no%20Brasil%20e%20o%20Direito%20no%20ciberespaço.html)

3. Incisos X, XII e LVI do artigo 5º da Constituição Federal Brasileira.

4. SÚMULA 341 DO STF - É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto. (D. Civ.; D. Com.).

Referência bibliográfica (de acordo com a NBR 6023: 2002/ABNT):
GONZALES, Douglas Camarinha. O direito à privacidade e à comunicação eletrônica. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 01, out. 2008. Disponível em:

<http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao001/douglas_gonzales.htm>

Acesso em: 17 nov. 2008.

REVISTA DE DOCTRINA DA 4ª REGIÃO
PUBLICAÇÃO DA ESCOLA DA MAGISTRATURA DO TRF DA 4ª REGIÃO -
EMAGIS